

La Convention européenne des droits de l'Homme face au droit et au devoir de soigner

Maître Patrick de Fontbressin

Avocat au Barreau de Paris, maître de conférences à l'Université Paris XI.

Mots clés

- ◆ Droits de l'Homme, convention
- ◆ Europe.

Résumé

En vertu des principes de primauté et d'applicabilité directe, la Convention européenne des droits de l'Homme fait partie intégrante du droit français.

Le respect des droits fondamentaux et libertés qu'elle garantit s'impose à l'État, du fait de son effet vertical, et aux particuliers dans leurs relations interindividuelles, du fait de son effet horizontal.

Bien que ni le droit, ni le devoir de soigner ne figurent dans les articles de la Convention européenne des droits de l'Homme, il n'en demeure pas moins que l'interprétation jurisprudentielle de celle-ci par la Cour européenne des droits de l'Homme témoigne incontestablement de ce qu'ils ne peuvent être étrangers au champ couvert par les articles 2, 3, 8 et 9 de ce texte. Ceux-ci concernent le droit à la vie, l'interdiction des traitements dégradants et inhumains, le respect de l'intimité et de la vie privée, et le respect de la liberté de conscience et de religion.

Le présent propos aura ainsi pour objet de tenter de tirer les leçons de l'œuvre accomplie par la Cour de Strasbourg, s'agissant de la relation droits-devoirs au centre des préoccupations présentes de l'Académie de chirurgie, mais aussi de plus en plus fréquemment mise à l'ordre du jour par la Cour européenne des droits de l'Homme sous l'aspect de la théorie de l'obligation positive de l'État et de l'effet horizontal de la Convention.

Le thème abordé pose aussi la question de l'évolution des droits fondamentaux expressément visés par le texte de la Convention vers les droits dits de la « troisième génération ».

On ne saurait aborder le présent thème sans préalablement resituer la place de la Convention européenne des droits de l'Homme dans l'ordre juridique français.

Il ne s'agit nullement d'un ensemble de dispositions internationales étrangères à la vie quotidienne du citoyen.

La Convention participe d'un processus d'intégration du droit européen aux droits des divers États membres de l'Union européenne (1). Mieux encore, elle s'applique, au-delà de l'Union des 27, dans les 45 États membres du Conseil de l'Europe.

Sans revenir ici en détail sur la genèse de la Convention, il importe de souligner qu'héritière de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, à laquelle elle se réfère de manière expresse dans son préambule, elle garantit essentiellement des « *droits civils et politiques* », dits droits de « *première génération* ». Elle ne vise pas le droit à la santé et aux soins médicaux, ni certains autres droits sociaux ou de solidarité, inscrits dans la Déclaration universelle ou dans des Pactes et déclarations internationales ultérieurs (2).

Dans un souci d'effectivité, les auteurs de la Convention avaient, en effet, choisi de restreindre dans un premier temps l'énoncé des droits et libertés garantis, sans bien sûr renoncer pour autant, à terme, à l'ambition d'une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe (3).

La grande nouveauté du système consistait en l'institution, à l'échelon régional de l'Europe, d'une Cour dotée d'une compétence d'attribution pour sanctionner leurs violations par les États.

Pour la première fois dans le monde, l'individu doté d'un droit de recours individuel disposait de la capacité d'agir directement (4) contre l'État devant une juridiction internationale, en invoquant la violation de droits supérieurs au droit national, en vertu du principe de primauté de la Convention sur toute disposition interne contraire et de l'effet direct ou applicabilité directe de droits et libertés appelés à constituer un véritable « *ordre public européen* » (5).

Grâce à une interprétation dynamique de la Convention par la

Correspondance :

patrick.de-fontbressin@wanadoo.fr

Cour de Strasbourg (6), l'effet vertical issu de ce nouveau rapport de l'individu à l'État devait se trouver complété par la reconnaissance jurisprudentielle d'un effet horizontal (7) de nature à imposer la garantie par les États de libertés et droits fondamentaux dans le cadre des relations interindividuelles sur leur territoire ainsi que par l'élaboration d'une théorie des obligations positives des États.

Plus de cinquante ans après sa signature, il ressort très nettement qu'en raison de l'œuvre accomplie par la Cour européenne des droits de l'Homme, la Convention est devenue un « véritable instrument de protection généralisé » (8), propre à relever le défi de la réinsertion des droits économiques et sociaux dans le champ des droits de l'Homme (9).

Confrontés aux droits et libertés garantis par la Convention, droit de soigner et devoir de soigner fournissent l'occasion de témoigner du caractère superficiel du clivage entre « générations des droits de l'Homme » à la lueur de l'indivisibilité de la dignité humaine. Ils nous placent au cœur même de la problématique des droits et des devoirs dans les relations interindividuelles et dans les relations entre les individus et l'État (10). Ils posent la question de l'effectivité des droits garantis par la Convention, mais aussi celle d'une hiérarchisation de ces droits lors d'un conflit possible entre l'exercice d'un droit et l'accomplissement d'un devoir (11).

Le droit de soigner et l'effectivité des droits de l'homme

Lorsque l'on parle du droit de soigner, on ne saurait bien sûr évoquer un droit qui serait celui du médecin sur son patient.

Déontologiquement condamnable au titre de « l'obstination déraisonnable » (12), un tel contresens aboutirait à substituer une relation d'autorité à une relation de confiance, sur laquelle doit toujours reposer l'exercice de l'art du médecin.

Parce qu'il concerne un être humain qui ne saurait être réifié, par essence le droit de soigner en appelle au lien fondé sur une relation interindividuelle, étant entendu que celle-ci se trouve circonscrite par des règles d'ordre public dont les Ordres professionnels et l'État se doivent d'assurer le respect.

Ainsi, ne peut-on manquer de percevoir d'emblée que le droit de soigner s'inscrit nécessairement dans un contexte d'obligations qui le rend indissociable de devoirs à l'égard d'autres individus et de l'État.

Mais pour être effectif et conforme au respect d'un droit à la santé consacré en France par l'alinéa 11 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, toujours en vigueur, le droit de soigner suppose également le respect d'un certain nombre de devoirs par l'État.

Au regard des articles de la Convention, le droit de soigner peut être envisagé essentiellement sous l'angle de l'article 3 et de l'article 14.

Le premier de ces textes concerne l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, le second le principe de non discrimination.

Le droit de soigner au regard de l'article 3 (traitements dégradants et inhumains)

À propos de l'article 3, après avoir jugé que l'administration forcée de soins médicaux requis par l'état de santé d'un détenu ou d'un aliéné ne constituait pas un traitement inhumain ou dégradant, dès lors qu'il s'agissait d'une mesure dictée par une « nécessité thérapeutique » (13), le juge européen contrôle désormais, non seulement l'existence des soins médicaux, mais aussi la nature du traitement médical imposé, aux fins de s'assurer de sa « nécessité » de manière convaincante (14).

Le droit de soigner issu d'une obligation légale ne saurait dégénérer en abus de pratique médicale ou chirurgicale, no-

tamment à des fins expérimentales.

Il ne saurait porter atteinte à la dignité.

Outre la question de l'administration de soins en vertu d'une obligation légale en milieu fermé où le libre consentement du patient pose tout spécialement problème, la question de l'imperatif de soins s'est également posée au regard de l'article 3, s'agissant de l'expulsion d'un malade du Sida en phase terminale vers une destination où il n'aurait pas pu bénéficier de soins appropriés (15).

Cette dernière hypothèse conduit immédiatement à une réflexion d'ordre plus générale sur la mise en échec du droit effectif de soigner, corollaire du droit à la santé, lorsque l'État s'abstient ou refuse de mettre à la disposition de services hospitaliers les moyens nécessaires pour soigner les pathologies onéreuses.

Au traitement dégradant et inhumain constitué par une souffrance que le médecin ne peut soulager, s'ajoute une discrimination en raison de l'état de santé du malade et par l'argent.

Le droit de soigner au regard de l'article 14 (principe de non discrimination)

Une telle situation paraît à l'évidence constitutive d'une violation de l'article 3 et de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme, dont on pourrait imaginer que l'État soit tenu pour responsable au titre de manquements à ses obligations positives.

Dans une retentissante affaire, réfutant la « cloison étanche entre droits énoncés par la Convention et leur prolongement d'ordre économique et social » (16), la Cour de Strasbourg a posé le principe d'une obligation positive de l'État d'assurer « le droit d'accès effectif aux tribunaux » par un système d'aide juridictionnelle.

On pourrait citer de nombreuses autres décisions intervenues depuis, consacrant la théorie selon laquelle en l'absence de mesures positives pour permettre la réalisation effective des droits garantis par la Convention, l'État peut être condamné pour violation de celle-ci.

Dès lors, le droit de soigner, indissociable du respect dû à la dignité du malade, n'implique-t-il pas le droit d'accès de tout malade à l'hôpital où pourront lui être prodigués les soins appropriés à sa pathologie sans discrimination, au même titre que le droit au procès équitable implique pour tout justiciable, sans discrimination, celui d'être défendu ?

On rappellera d'ailleurs que sur un autre fondement, celui de l'article 2 (droit à la vie), la Cour a rappelé l'obligation positive de la « mise en place par l'État d'un cadre réglementaire imposant aux hôpitaux qu'ils soient publics ou privés l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie de leurs malades » (17).

Le devoir de soigner et la hiérarchisation des droits garantis par la convention

Si le droit de soigner, indissociable du devoir du médecin envers le malade, met en évidence le risque de la souffrance exacerbée en raison des carences de l'État au regard des articles 3 et 14 de la Convention, le devoir de soigner peut être l'occasion de conflits redoutables entre des droits de l'Homme auxquels se trouve parfois confronté le médecin.

Il en ira ainsi spécialement s'agissant du devoir de soigner face :

- au respect de la vie privée et familiale (article 8),
- à la liberté de conscience et de religion (article 9)
- au droit à la vie (article 2) toujours en quête d'une définition... (18).

Le devoir de soigner face au refus de soins au nom des articles 8 et 9 de la Convention

S'agissant du devoir de soigner face au respect de la vie privée et familiale, à de nombreuses reprises antérieurement à l'entrée en vigueur du Protocole additionnel n° 11, la Commission européenne des droits de l'Homme avait considéré que l'imposition d'un traitement sans le consentement d'un patient, « adulte et sain d'esprit », s'analysait comme une atteinte à l'intégrité physique de l'intéressé, protégée par l'article 8 de la Convention (19).

Bien qu'il n'ait pas fait droit à la requête formulée par Madame Pretty de suicide assisté, dans des conditions qui seront ci-après rappelées, l'arrêt du 29 avril 2002 intervenu dans cette affaire déclare que « *la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous tend l'interprétation des garanties de l'article 8 de la Convention* ».

La Cour ajoute encore que « *comme l'a admis la jurisprudence interne, une personne peut revendiquer le droit d'exercer son choix de mourir en refusant de consentir à un traitement qui pourrait avoir pour effet de prolonger sa vie* ».

On soulignera qu'elle relève de plus que « *la dignité et la liberté de l'Homme sont l'essence même de la Convention* » et que « *sans nier en aucune manière le principe du caractère sacré de la vie protégée par la Convention* », elle considère que « *c'est sous l'angle de l'article 8 que la notion de qualité de la vie prend toute sa signification* ».

La Cour conclut ainsi que le fait d'être empêché par la loi d'exercer un choix et d'éviter ce qui pour la requérante constituait une vie indigne et pénible est susceptible de représenter une atteinte aux droits de l'intéressée au respect de sa vie privée, au sens de l'article 8 §1 de la Convention.

Pour la Cour de Strasbourg, le respect de l'autonomie ou l'autodétermination du malade paraît ainsi primer sur le devoir de soigner.

Toutefois, si, comme le relève la cour, « *À une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie, de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge très avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle...* », encore faut-il que l'autodétermination du malade soit l'expression de son libre-arbitre réel.

À cet égard, les dispositions de l'article L 1111-4 al. 2 du Code de la santé publique qui imposent au médecin le devoir de tout mettre en œuvre pour inviter le patient à accepter des soins ne substituent-elles pas au devoir de soigner le devoir de convaincre ?

Mais jusqu'où le praticien devra-t-il, en conscience, raisonnablement s'efforcer de convaincre le patient ?

Par ailleurs, alors même que la place conférée par la loi du 4 mars 2002 à la « personne de confiance » et l'introduction de « directives anticipées » permettent d'élaborer des « protocoles » décisionnels conformes à la volonté d'arrêt de soins d'un patient inconscient, le conflit de droits demeure au cœur de situations nécessitant des soins d'urgence ou face au consentement altéré.

Tel sera notamment le cas lorsque le devoir de soigner ne se heurtera plus à un refus motivé par le seul respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8, mais par la liberté religieuse ou de conscience garantie par l'article 9 reconnue par la Cour constituant aussi « *un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents* » (20).

Ne sera plus alors en cause la liberté du consentement uniquement face à la douleur, mais celle du libre-arbitre dans un contexte de dépendance du malade d'ordre spirituel ou seculaire de nature à le mettre en danger.

Les exemples de refus de transfusion par les Témoins de Jéhu-

vah ou le refus de certains examens gynécologiques par des intégristes islamistes ne sont pas les moindres exemples de difficultés rencontrées...

Du devoir de soigner au devoir d'aider à mourir, au regard de l'article 2 (droit à la vie)

Mais surtout, au cœur même des réflexions du législateur de 2005, récemment relancé par une actualité dramatique, au-delà des questions posées par le respect de l'intimité de la vie privée ou la liberté de conscience, se pose le problème de la confrontation du droit à la vie à l'invocation du droit de mourir.

Le devoir de soigner, au-delà des soins palliatifs, peut-il prendre la forme d'une assistance ultime : celle de l'aide au suicide ?

Bien qu'ayant reconnu le droit à l'autodétermination du malade dans son arrêt Pretty, la Cour déclare que « *l'article 2 ne saurait sans distorsion de langage être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir* ».

Elle estime « *qu'il n'est pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un droit de mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique* ».

Au regard du droit, la cessation de soins conforme au respect du libre arbitre du malade diffère de l'acte de mettre fin à sa vie.

Toutefois, une lecture attentive de l'arrêt Pretty permet de constater que, sans admettre un droit à la mort en tant que corollaire d'un droit à la vie, la Cour ne considère pas pour autant qu'une dépénalisation partielle de « l'euthanasie active » serait nécessairement contraire à l'obligation positive des États de protéger par la loi le droit à la vie (21).

Face à l'ultime conflit entre un droit à la vie sans effectivité acceptable pour son titulaire et une mort implorée comme la délivrance d'un droit de vivre-obligation, le devoir de soigner semble alors revêtir l'allure du devoir tragique d'arbitrer.

Parce que le seul guide du médecin ne peut être que sa conscience, ne convient-il pas dès lors de s'abstenir de légiférer autrement qu'en s'en remettant à celle-ci, eu égard à la diversité de cas particuliers générateurs de cas de conscience réfractaires à la généralité de la loi ?

Or, l'examen des techniques d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme permet de constater qu'elle repose sur une interprétation téléologique ou finaliste et qu'elle confère parfois aux États une « marge d'appréciation » contrebalancée par un principe de proportionnalité qui en constitue la « soupape de sécurité » (22).

Par voie d'analogie, face à un tel dilemme, n'y aurait-il pas lieu, dans une perspective téléologique de primauté de la dignité, d'accorder au médecin l'immunité d'humanité.

La levée de celle-ci serait une exception au cas d'accomplissement d'actes hors de proportion.

Ainsi que le soulignait le Professeur Jacques Hureau, dans son introduction à un colloque sur le thème de l'humanisme et du consumérisme en médecine, « *la chirurgie est source permanente d'atteintes à l'intégrité physique du corps humain. Il n'est permis de l'exercer qu'en raison du diplôme du médecin qui donne le droit et le devoir de soigner* » (23).

Dans un monde de défiance constante à l'égard du professionnel et de recherche trop fréquente de sa faute, de crainte d'affronter sa propre responsabilité, cette nouvelle forme d'immunité légale du médecin ne serait-elle pas l'illustration d'une reconnaissance et d'une renaissance de la confiance de l'État envers le médecin, au même titre que de celle du patient envers celui-ci.

Au plan du droit, elle s'avèrerait aussi une belle démonstration d'une convergence de l'effet vertical et de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'Homme dans le cadre de l'accomplissement d'un devoir au nom de la dignité du malade et de la conscience du médecin.

Notes

1. Ce point est expressément confirmé par le récent Traité de Lisbonne. Cf. également : de Fontbressin P. La Convention européenne des droits de l'Homme, vecteur d'une révolution par le droit. *Revue Experts*; déc. 1999.
2. Cf. spécialement le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques ou la Charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples.
3. Costa JP. Vers une protection juridictionnelle des droits économiques et sociaux en Europe. In *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire*, Mélanges en hommage à Pierre LAMBERT. Bruxelles: Bruylant; 2000 (p 141 ss).
4. Cohen-Jonathan G. *Aspects européens des droits fondamentaux*, 3^e ed. Paris: Montchrestien; 2002.
5. Selon la formule de l'arrêt LOIZIDOU c/ TURQUIE, 23 mars 1995. RTDH 1998 102 obs. J.P. COT.
6. L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme, sous la direction de Frédéric SUDRE. Bruxelles: Bruylant; 1998.
7. Spielmann D. L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'Homme entre personnes privées. Bruxelles: Bruylant; 1995.
8. Pettiti LE. Réflexions sur les principes des mécanismes de la Convention. In *La Convention européenne des droits de l'Homme*, commentaire article par article, 2^e ed. Paris: Economica.
9. Costa JP. op. cit.
10. de Fontbressin P. L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'Homme. In *Mélanges en hommage à Louis-Edmond PETTITI*, éd. Bruxelles: Bruylant; 2000 (p. 231 ss).
11. Lambert P. Les droits et les devoirs de l'Homme, un équilibre délicat. In *Mélanges en l'honneur du Professeur Malinverni*; 2008.
12. Article L 1110-5 al. 2 du code de la santé publique issu de la loi Leonetti du 22 avril 2005.
13. Sur l'ensemble de cette question : Fourteau H. L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme dans le droit interne des États membres. Paris: LGDJ;1996, p. 100 ss.
14. Aff. Mc Glinchey /c Royaume Uni, 29 avril 2003 et Gennadiy Naumenko /C Ukraine, 12 février 2004 notamment. Cf. également Aff. Keenan /c Royaume Uni, 3 avril 2001.
15. Aff. D /c Royaume Uni, 2 mai 1997
16. Aff. Airey /c Irlande, 9 octobre 1979
17. Aff. Calvelli et Ciglio / c Italie, 17 janvier 2002, JCP 2002 1-157.
18. Sur l'ensemble de cette question, à propos du sort des embryons, CEDH Grd Ch 10 avril 2007, JCP 2007 II 10097, note MATHIEU.
19. Sur l'ensemble de cette jurisprudence, cf. de SCHUTTER O. RTDH 2003: p. 87.
20. Selon la formule de l'arrêt Kokkikis /c Grèce, 25 mai 1993.
21. de Schutter O. L'aide au suicide devant la Cour européenne des droits de l'Homme. RTDH 2003: p. 71 ss.
22. Lambert P. Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité. In *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*. op. cit. Bruxelles: Bruylant; 1998.
23. Hureau J. De l'humanisme au consumérisme en médecine. Colloque du 2 décembre 1998 de l'Académie nationale de chirurgie.